

## URBANISMO Y DERECHO PENAL. UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL TIPO DE INJUSTO DEL ART. 319.1 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 (I)

Felipe Renart García

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal. Universidad de Alicante.

Revista Doctrina y Jurisprudencia (Madrid), Año II. Nº 42 (Semana del 20 al 26.11.2001), p.11- 22

### (p. 11) I) CONSIDERACIONES PREVIAS

La existencia de fenómenos de naturaleza especulativa sobre el suelo y el surgimiento de auténticas aberraciones urbanísticas contraviniendo las disposiciones administrativas reguladoras de la materia determinaron que, ante el fracaso de los recursos represivos previstos en la normativa específica, el legislador penal de 1995 introdujera ex novo un Capítulo autónomo dirigido a criminalizar ciertas conductas que atentasen - según reza la rúbrica del mismo - a la ordenación del territorio <sup>(1)</sup>.

La tipificación de estas conductas, ampliamente reclamada por la doctrina <sup>(2)</sup>, ha sido sin embargo duramente criticada en su contenido por la mayoría de **(p. 12)** nuestros autores al entender que la actual regulación vulnera principios fundamentales del Derecho Penal, llegándose incluso a cuestionar la constitucionalidad de alguno de los preceptos que conforman el mencionado Capítulo. En efecto, si bien parte de la doctrina coincide en la necesidad de tipificar determinadas conductas de carácter lesivo contra la ordenación del territorio <sup>(3)</sup>, no son escasas las voces que denuncian que con la vigente penalización de las mismas se ha producido una mera huida hacia delante, sin afrontar la verdadera problemática que toda esta materia lleva aparejada. Es más, no falta quienes consideran que nos hallamos ante una regulación penal de marcado carácter demagógico <sup>(4)</sup> al entender que la protección punitiva ante los daños urbanísticos tiene como fin primordial el servir de escarpia de lo que administrativamente es considerado contrario a la ordenación vigente, pretendiendo, así, suplir, mediante el recurso a la norma represiva, la demostrada ineficacia de la normativa urbanística. Se trataría, pues, de una decisión político-criminal ineficaz y abocada al fracaso debido a la absoluta dependencia de la tutela penal respecto de las normas sancionadoras de naturaleza administrativa, y, con ello, la reiteración de los defectos existentes en ese ámbito sancionador.

---

<sup>1</sup> En su análisis del Anteproyecto y Proyecto de Código Penal de 1980 respectivamente, QUINTERO OLIVARES ("Observaciones sobre la Parte especial del Anteproyecto de Código Penal. Delitos contra la vida, libertad y contra el patrimonio y el orden económico", en MIR PUIG (ed.): La reforma del Derecho Penal, Bellaterra, 1980, pág. 263) y GIMBERNAT ORDEIG ("La parte especial en el Proyecto de Código penal", en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980, pág. 54) ya ponían de manifiesto el fracaso del Derecho Administrativo frente a la especulación y la protección de determinados suelos. Respecto del vigente Código de 1995, CARMONA SALGADO ("Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio Histórico", en COBO DEL ROSAL (dir.): Compendio de Derecho Penal español. Parte Especial, Madrid, 2000, pág. 584) entiende que la decisión del legislador de intervenir penalmente en este concreto ámbito delictivo responde a "la existencia de problemas técnico-jurídicos y, sobre todo, la presencia de aspectos relacionados con la moral colectiva y la solidez de las estructuras administrativas en materia de política urbanística". En el trámite parlamentario, véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 512, sesión de 6 de junio de 1995, pág. 15.600, donde se califica de disparatado el desarrollo de nuestras ciudades y se pone de manifiesto la ineficacia demostrada por parte de la Administración para contener los graves abusos urbanísticos.

<sup>2</sup> Por todos, VERCHER NOGUERA, A.: "Delitos contra la ordenación del territorio", en El Nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales, tomo IV, Madrid, 1996, págs. 542 y ss.

<sup>3</sup> Así, MARTÍNEZ ARRIETA, A.: "Delito urbanístico", en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.): Empresa y delito en el nuevo Código penal, C.G.P.J., Madrid, 1997, pág. 179.

<sup>4</sup> En ese sentido, IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "El delito urbanístico. ¿Delito demagógico?", en Actualidad Penal, núm. 46, Madrid, 1998, págs. 925 y ss.; FERNÁNDEZ, T. R.: Manual de Derecho Urbanístico, 15ª ed., Madrid, 2000, pág. 264; MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: "Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio", en Revista Penal-La Ley, núm. 8, Madrid, 2001, pág. 70.

## II) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el seno de nuestra doctrina la determinación del bien jurídico que se pretende tutelar en los delitos contra la ordenación del territorio, en general, y en el art. 319. 1, en particular, no es en absoluto pacífica, lo que demuestra, en última instancia, no sólo la complejidad de estas figuras delictivas sino, fundamentalmente, la deficiente técnica legislativa y la precipitación con la que el legislador de 1995 ha alumbrado los preceptos que conforman el actual Capítulo I del Título XVI.

Fruto del importante esfuerzo interpretativo realizado por nuestra doctrina en la determinación del objeto formal es que hay un amplio abanico de posiciones que denotan, eso sí, la falta de unanimidad sobre el particular. Pese a la heterogeneidad en la concreción del bien jurídico - lo que nos podría llevar a afirmar que existen casi tantos bienes jurídicos como autores que se hayan pronunciado sobre este extremo -, destacan tres posturas fundamentales que expondremos a continuación.

Prescindiendo de aquellas apresuradas afirmaciones que identifican con cierto automatismo y simplismo el bien jurídico protegido con el rótulo del Capítulo I (<sup>5</sup>), (p. 13) o de quienes afirman sin más que el objeto de protección es “el urbanismo” (<sup>6</sup>), un destacado sector de la doctrina sostiene que el objeto formal lo constituye el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida o, en palabras de MUÑOZ CONDE, “el reforzamiento de los mecanismos jurídico-administrativos” (<sup>7</sup>), idea muy cercana a la defensa de la legalidad urbanística propugnada por LÓPEZ

---

<sup>5</sup> Así, CATALÁN SENDER, J.: “El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del Derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, Madrid, 1998, pág. 562.

<sup>6</sup> En ese sentido, SALINERO ALONSO, C.: “Delitos contra la ordenación del territorio”, en La Ley, tomo IV, Madrid, 1997, pág. 1335; BLANCO LOZANO, C.: El delito urbanístico, Madrid, 2001, pág. 34.

<sup>7</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Decimotercera edición, con Apéndice de puesta al día, Valencia, 2001, pág. 535. BOIX REIG y JUANATEY DORADO (“Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed. revisada y actualizada, Valencia, 1999, pág. 626) mantienen que el bien jurídico protegido es “la normativa reguladora de la ordenación del territorio”; asimismo, en “Arts. 319-320”, en VIVES ANTÓN (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1574. En idéntico sentido, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 586; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: “Delito..., ob. cit., pág. 179. Para ROMÁN GARCÍA (“Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en LESMES SERRANO, C.; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. y ORTEGA MARTÍN, E.: Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente), Granada, 1997, pág. 33) en el párrafo primero del art. 319 se protege la potestad administrativa de control de la legalidad de las construcciones. En opinión de TIRADO ESTRADA (“Delitos contra la ordenación del territorio: aspectos generales. Problemática práctica derivada de la relación Administración-Jurisdicción. Derecho Penal y Derecho Administrativo”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VIII, Madrid, 1998, pág. 67) el bien jurídico protegido es el cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo. Comparte este criterio, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad de la Administración urbanística”, en Actualidad Penal, núm. 16, Madrid, 1997, pág. 357; asimismo, en “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. IV, Madrid, 1997, pág. 347; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo Código Penal”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 63, Madrid, 1997, págs. 672 y ss; VERCHER NOGUERA, A.: “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial, vol. V, Madrid, 1999, pág. 427; asimismo en “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.): Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, 1998, pág. 1467; SAPENA GRAU, F.: El arquitecto técnico y el aparejador frente al nuevo Código penal, Barcelona, 1997, pág. 107. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN (“Art. 319”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.): Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, tomo II, Madrid, 1997, pág. 3197) mantiene que el bien que se trata de tutelar no es el Derecho de Ordenación de Territorio, es decir, la normativa, sino el “valor” Ordenación del Territorio en el sentido material de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales; asimismo, en “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en Empresa y Derecho Penal, vol. II, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pág. 158. Particularmente crítico con estas delimitaciones del objeto formal, SILVA SÁNCHEZ (“¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español”, en Actualidad Penal, núm. 23, Madrid, 1998, págs. 437 y ss.) entiende que si el bien jurídico protegido es el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades al suelo, ello revelaría un modelo estrictamente secundario y sancionatorio del Derecho Penal que no entraría en la determinación del objeto concreto de protección, limitándose a reforzar, en sus aspectos mas relevantes, el modelo de protección preexistente en el Derecho Administrativo. Compartiendo la opinión de SILVA, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, en Actualidad Penal, núm. 15, Madrid, 1998, pág. 310.

RAMÓN <sup>8</sup>). Si se parte de la premisa de que **(p. 14)** lo afectado en este delito es sólo la ordenación del territorio, esto es, las limitaciones de su uso establecidas legal o administrativamente <sup>8</sup>) resulta obvio que nos encontramos ante un delito con un elevado contenido formal al constituir el núcleo del injusto el carácter no autorizado de la construcción y, con ello, reputarse únicamente típica la violación de las órdenes emanadas de la Administración competente. Una nota común a las distintas interpretaciones realizadas por este importante sector doctrinal acerca del objeto formal de este delito es la idea central de que las conductas proscritas por el Derecho penal de la ordenación del territorio sirven de apuntalamiento de las normas administrativas que regulan las clases de suelo y el uso que se puede hacer de él <sup>(10)</sup>.

Un segundo enfoque, relacionando estrechamente la ordenación del territorio con el elemento ecológico, parte de la idea de que con estas infracciones se ampara penalmente la calidad de vida y del hábitat por lo que, aunque inicialmente el bien jurídico protegido sea el cumplimiento de las normas administrativas sobre utilización racional del suelo, en última instancia se está tratando de amparar todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico <sup>(11)</sup>. Esta utilización de macro-conceptos de contornos excesivamente difusos debe ser, en nuestra opinión, rechazada por carecer de la concreción que todo bien jurídico requiere para desempeñar las funciones garantistas que tiene encomendadas.

Desde otra perspectiva, se entiende que el bien jurídico protegido en el art. 319. 1 es el adecuado destino de los bienes públicos, colectivos y/o singulares **(p. 15)** por los valores que contienen <sup>(12)</sup>. Esto es, desde esta posición ya no cabe hablar de un único objeto formal sino de un bien jurídico plural en atención a cada uno de los valores taxativamente señaladas en el precepto objeto de estudio y que no son otros que los culturales, urbanísticos y naturales. Como apunta ACALE SÁNCHEZ, "si ese carácter no autorizado se relaciona con la cualidad de los suelos o lugares sobre los que se construye, las consecuencias en materia de bien jurídico son diametralmente opuestas" <sup>(13)</sup> a las mantenidas por el primer grupo de autores citado. Coincidimos con esta autora en que la construcción de una carretera en un espacio natural protegido y la decisión prevaricadora de un alcalde sobre la concesión de una licencia de obras, lo único que tienen en común es el contenido (urbanístico) de ambas actuaciones: el bien jurídico lesionado es, no obstante, distinto. En el primer

---

<sup>8</sup> LÓPEZ RAMÓN, F.: "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos", en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, Madrid, 1997, pág. 60, quien considera además que el bien jurídico protegido en los artículos 319 y 320 resulta de escasa entidad, al limitarse a una parte, y no la más importante, de la actividad urbanística. En la línea expuesta por este autor, BETRÁN ABADÍA; CORVINOS BASECA y FRANCO HERNÁNDEZ ("Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística", en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, Madrid, 1997) entienden que el bien jurídico a proteger mediante este tipo delictivo es la autorización. Asimismo, DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: "Delitos sobre la ordenación del territorio", en FARRÉ DÍAZ; SOSPEDRA NAVAS; HERNÁNDEZ GARCÍA y otros: Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva, 1ª ed., Barcelona, 1999, pág. 31. Para BARRIENTOS PACHO ("Delitos relativos a la ordenación del territorio", en La Ley, tomo VI, Madrid, 1996, pág. 1557) lo que se trata de preservar es "la normativa reguladora de la ordenación del territorio".

<sup>9</sup> Así, LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Madrid, 1996, pág. 158.

<sup>10</sup> Aspecto éste puesto de manifiesto por MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: "Algunas notas...", ob. cit., pág. 65. Sin embargo, como afirma DE LA MATA BARRANCO (Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa, Barcelona, 1996, pág. 59), de esta forma se corre el riesgo de estar castigando una pura desobediencia civil.

<sup>11</sup> DE VEGA RUÍZ, J. A.: Delitos contra el Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna en el Código Penal de 1995, Madrid, 1996, pág. 117. Con ligeros matices que lo diferencian de la postura de Vega Ruíz, URRAZA ABAD ("Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales", en Actualidad Penal, núm. 27, Madrid, 2001, pág. 596) mantiene que el objeto formal es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano así como la conservación de los recursos naturales. Aunque sin referirse expresamente al elemento ecológico, GARCÍAS PLANAS (El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio, Valencia, 1997, pág. 61) afirma que "el uso del suelo que integra el hombre en su ámbito espacial, con respecto al medio físico" es el bien jurídico-penal protegido.

<sup>12</sup> En ese sentido, VERDÚ MIRA, A. T.: "Los nuevos delitos contra la ordenación territorial", en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 266, Elcano, 1996, pág. 3.

<sup>13</sup> ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>: "De los delitos sobre la ordenación del territorio: el artículo 319 del Código Penal", en TERRADILLOS BASOCO (Coord.): Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, Sevilla, 1998, pág. 123.

supuesto, bien jurídico protegido es el equilibrio de un sistema natural, mientras que en el segundo lo es el correcto desarrollo de la función pública en materia de ordenación de territorio <sup>(14)</sup>.

En efecto, en nuestra opinión, aún reconociendo la importancia de la ausencia de autorización como elemento normativo vertebrador del tipo, lo trascendente, a efectos de determinación del bien jurídico, es la concreción legislativa de la pluralidad de suelos típicos objeto de protección; esto es, el injusto típico no viene constituido por la realización de una construcción no autorizada en cualquier tipo de suelo sino en aquellos suelos que, por los valores que encierran, el legislador entiende necesitados de tutela, debiendo, por ello, constatarse la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos protegidos en el art. 319. 1., a saber, ordenación del territorio, medio ambiente y patrimonio histórico. Nos adherimos, así, a la postura doctrinalmente minoritaria que defiende que la protección de la ordenación del territorio se consagraría a través de la construcción no autorizada sobre viales o zonas verdes; el medio ambiente como bien jurídico se reflejaría en los lugares que tienen legal o administrativamente reconocido su valor ecológico o paisajístico y, por último, la tutela del patrimonio histórico a través de los lugares formalmente reconocidos como de valor cultural, histórico o artístico <sup>(15)</sup>. Ha de insistirse pues en que la legislación penal urbanística configurada en el vigente Código penal no ha pretendido considerar como infracción penal toda infracción administrativa urbanística, sino que lo que pretende es castigar las violaciones o ataques más graves al suelo, espacios comunes o bienes colectivos sometidos al interés social, que es lo que le otorga el carácter de bien **(p. 16)** jurídico digno de protección a esos lugares mencionados, en los que en ningún caso sería posible la libre actuación urbanística <sup>(16)</sup>.

En apoyo de la tesis que sostenemos, la Sentencia núm. 117/1999, de 18 de marzo (ARP 1999/1619), de la Audiencia Provincial de Almería, absuelve al acusado que había construido dos paredes de obra y puesto techo a una terraza, haciéndolo en terreno de su propiedad, sito en el paraje de los Escullos del Término municipal de Nijar, calificado administrativamente como área de protección al tratarse de un ecosistema excepcional según Decreto 418/1994 por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Nijar. En su Fundamento de Derecho Primero, el Ponente señala, acertadamente, que cuando el legislador utiliza, en el art. 319. 1, el término “construcción” se está refiriendo a una obra o construcción de nueva planta o de entidad suficiente para atentar contra aquella protección especial del territorio en que se asienta; es decir, que pudiese lesionar el bien jurídico medio ambiente por revestir el lugar en que se ejecuta la conducta típica un valor de tal naturaleza.

### III) ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO

Establece el precepto objeto de estudio que “se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión y oficio por tiempo de seis meses a tres años a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

#### 1. Sujetos activos del delito.

La amplitud y flexibilidad de los términos utilizados por el legislador en su determinación del sujeto activo constituye un elemento añadido que incrementa la dificultad exegética que ya, de por sí, presenta este delito. La necesidad de concretar si nos hallamos en presencia o no de un delito especial, en el sentido de si sujetos activos del mismo pueden serlo cualquier persona o sólo los

---

<sup>14</sup> Así lo considera ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>: Delitos urbanísticos, Barcelona, 1997, pág. 20.

<sup>15</sup> ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>: “Delitos sobre...”, ob. cit., págs. 23 y ss. De la misma opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J.: “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, Madrid, 1999, págs. 28 y ss.

<sup>16</sup> En ese sentido, la Sentencia 15/2000, de 14 de marzo (ARP 2000/91), de la Audiencia Provincial de Palencia. En parecidos términos, ROMÁN GARCÍA (“Los delitos...”, ob. cit., pág. 106) apunta que “es importante destacar una realidad que se desprende de la simple enunciación legal contemplada en el apartado primero del artículo 319: el legislador penal trata de otorgar la máxima protección posible a una serie de espacios que son objeto - bien por su propia naturaleza o por sus cualidades intrínsecas, o bien por el fin al que están destinados - de un marcado interés público en su conservación, interés que se considera claramente preeminente sobre el interés particular del sujeto que pretende edificar”.

promotores, constructores o técnicos directores ha motivado que surjan dos **(p. 17)** corrientes doctrinales y jurisprudenciales encontradas, cuyas líneas argumentales recogemos a continuación.

Desde un sector minoritario, MUÑOZ CONDE considera que a pesar de que la enunciación de estas categorías de sujetos parece encuadrar el precepto entre los delitos especiales, en la medida en que se trata de describir funciones, en el círculo de sujetos activos sería pues posible incluir a cualquier particular que, de hecho, realice dichas actividades, si bien la mención a los técnicos directores supone una exigencia de profesionalidad, aunque únicamente exigible a éstos <sup>(17)</sup>. En esa línea, pese a admitir que nos hallamos ante un delito especial, QUINTERO aboga por la responsabilidad penal del particular que por sí sólo decide construir en espacio prohibido legalmente en la medida en que en ese momento es, a efectos penales, “constructor”, siempre que lo que haga sea realmente una “construcción” <sup>(18)</sup>, manteniendo, así, una postura que coincide en gran medida con la tesis jurisprudencial minoritaria en función de la cual de la simple lectura del texto nada obstaría a que pudieran ser responsables los particulares que, con sus propios medios y sin que su actividad profesional habitual esté relacionada con la construcción, se dediquen a promover o construir <sup>(19)</sup>.

Atendiendo fundamentalmente al carácter lesivo de la conducta y a su afectación al bien jurídico protegido, MATELLANES se plantea qué le puede aportar ahora al objeto formal el hecho de que la conducta la realice un profesional o no, cuestionándose a la par, si existe alguna diferencia en materia de lesividad entre el comportamiento realizado por un profesional frente al de quien no lo es. En opinión de esta autora, “parece que restringir el tipo al profesional no es más que un modo de “parchear” el auténtico problema de la conducta”, es decir, “la carencia que en sí misma tiene de lesividad” <sup>(20)</sup>.

Se ha destacada, asimismo, por parte de VERCHER NOGUERA que la laxitud de los conceptos determinantes de la autoría puede propiciar que los órganos **(p. 18)** judiciales en sede penal planteen una cuestión prejudicial devolutiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supondría, a tenor de la mayoría de las sentencias dictadas por este orden jurisdiccional en las que se aborda esta problemática, la no exigencia de profesionalización para actuar como promotor o constructor <sup>(21)</sup>. Sin embargo, esta tesis choca frontalmente con el propio criterio jurisprudencial en el orden penal, contrario a plantear la cuestión prejudicial devolutiva o invertida ya que el concepto civilista es inoficioso al venir normalmente referido a la responsabilidad decenal, mientras que el administrativo no es planteable, en primer término, al no tratarse de una simple criminalización de un área del Derecho administrativo y, en segundo lugar, porque en dicha rama jurídica juega un importante papel

---

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., ob. cit., pág. 537. De la misma opinión, ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: Delitos..., ob. cit., págs. 285 y ss. Realizando una interpretación aun más extensiva, al no exigir la profesionalidad en los directores técnicos, CASTRO BOBILLO, J. C.: “Los delitos contra la ordenación del territorio”, en Actualidad Penal, núm. 18, Madrid, 1997, pág. 413. En esa línea, las Sentencias núm. 140/1998, de 11 de septiembre (ARP 1998/5355), de la Audiencia Provincial de Cádiz; y núms. 108/1998, de 31 de diciembre (ARP 1998/5626), y de 17-3-1998 (ARP 1998/1402) de la Audiencia Provincial de Palencia, al sostener que la condición de promotor o constructor la tiene quien de hecho promueve o financia y quien de hecho ejecuta construcciones o edificaciones, para lo que no es menester tener una especial cualificación o condición personal, salvo la de disponer de dinero o financiación y conocer las técnicas y habilidades propias para la promoción y construcción. En esa línea, la más reciente Sentencia de 12-4-1999 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz en la que se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito citado puede ser cualquiera que dedique su esfuerzo a la edificación de una o varias viviendas, para sí o para su venta o alquiler.

<sup>18</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en PICÓ LORENZO, C. (Dir.): Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pág. 368.

<sup>19</sup> Así, entre otras, véanse las siguientes STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo: Sentencia de 20-9-1983 (RJ 1983/4525); Sentencia de 31-5-1986 (RJ 1986/4482) y Sentencia de 30-11-1992 (RJ 1992/9003).

<sup>20</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas notas..., ob. cit., págs. 66 y ss.

<sup>21</sup> VERCHER NOGUERA, A.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 429. De la misma opinión, aunque con carácter general, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los Jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 98, Madrid, 1998, pág. 242.

la legislación autonómica, existiendo disposiciones extensivas de los conceptos promotor, constructor o técnico director <sup>(22)</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina penal coincide en señalar que nos hallamos ante un delito especial propio o en sentido estricto - según la terminología utilizada por COBO y VIVES -, pudiendo ser únicamente cometido por aquellas personas en las que concurran las cualidades exigidas por el tipo penal <sup>(23)</sup>. Así lo viene admitiendo el creciente número de sentencias sobre esta figura delictiva al considerar, por una parte, que los objetivos que informan la tipificación de estas conductas “difícilmente pueden ser vulnerados por la acción aislada de una (p. 19) persona que no se dedique profesional y habitualmente a la función de construcción”, y, por otra, que la pena prevista para este delito, inhabilitación especial para profesión u oficio, abona la tesis de que la conducta punible sólo puede afectar a los sujetos cuya profesión se encuentra relacionada directamente con el delito cometido, es decir, profesionales de la construcción, pues carecería de sentido su imposición a un particular cuya ocupación habitual no esté relacionada con la misma <sup>(24)</sup>.

El respeto al principio de intervención mínima constituye, a su vez, uno de los principales argumentos en defensa de la especialidad de esta figura delictiva. Basta recordar que, con ocasión del Anteproyecto de Código Penal de 1992 <sup>(25)</sup>, el informe que emitió el Consejo General del Poder Judicial ya establecía que “si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daño a los intereses protegidos por el

---

<sup>22</sup> En ese sentido, la Sentencia de 28-5-1999 (ARP 1999/4321) de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz resolviendo el Recurso de Apelación núm. 14/1999. No obstante, LASO MARTÍNEZ (Urbanismo..., ob. cit., pág. 108) considera que los conceptos y las precisiones logradas por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo son aplicables también al ámbito penal.

<sup>23</sup> De esa opinión, DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. y FARRÉ DÍAZ, E.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Valencia, 1998, pág. 110; MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. Mª.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed. revisada, ampliada y puesta al día, Elcano, 1999, pág. 882; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.): Comentarios al Código Penal, 1ª ed., Madrid, 1997, págs. 912; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial, 5ª ed., Madrid, 2000, pág. 571; TERRADILLOS BASOCO, J.: Derecho Penal de la Empresa, Madrid, 1995, pág. 211, aunque referido al PCP94; CASQUERO SUBIAS, A.: “Delos delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 15, Madrid, 1996, pág. 237; BARRIENTOS PACHO, J. Mª.: “Delitos..., ob. cit., pág. 1558; BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: Delitos..., ob. cit., pág. 627; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.: “Delitos..., ob. cit., pág. 680; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos..., ob. cit., pág. 316; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 590; SALINERO ALONSO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 1335; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 159; ACALE SÁNCHEZ, Mª.: “Delitos..., ob. cit., pág. 18; GARCÍAS PLANAS, G.: El delito..., ob. cit., pág. 75; SANTOS DíEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos, 4ª ed., Madrid, 2000, págs. 1058 y ss.

<sup>24</sup> Sentencias de 10-1-2000 (ARP 2000/168), 24-3-2000 (ARP 2000/1016), 13-10-1999 (ARP 1999/3874), 22-12-1998 (ARP 1998/5831), 4 -1-1999 (ARP 1999/904) y 28-5-1999 (ARP 1999/4321) de la Audiencia Provincial de Cádiz. Asimismo, las Sentencias de 3-9-1998 (ARP 1998/3849) de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 9-9-1999 (ARP 1999/3075) de la Audiencia Provincial de Málaga, de 25-1-1999 (ARP 1999/9) de la Audiencia Provincial de Zaragoza y de 22-1-1998 del Juzgado de lo Penal de Palencia. Más explícitamente, la Sentencia de 17-2-2000 (ARP 2000/1395) de la AP de Cádiz, señala la sinrazón de que la norma penal contemple como pena obligatoria la inhabilitación especial para profesión u oficio “cuando la persona no es profesional de la construcción y, debido a ello, resulta intrascendente e ineficaz que se le prive de ejercer una profesión que nunca ha ejercido y que nunca va a ejercer, entre otros motivos porque no tiene la cualificación necesaria para ello. Poco importa el que el legislador haya previsto la pena de inhabilitación en casos en los que contempla un sujeto activo con carácter amplio y sin límites (como es el caso del art. 321), toda vez que un error de previsión del legislador no puede justificar el sentido de otro artículo ni justificar por sí la interpretación amplia del mismo”. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia sobre el particular puede verse en VERCHER NOGUERA, A.: “Constructores, promotores y técnicos directores en los delitos contra la ordenación del territorio a la luz de la reciente jurisprudencia penal”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 357, 17 de septiembre de 1998, Elcano, págs. 1 y ss. La pena prevista para este delito como elemento determinante de una interpretación restrictiva del círculo de sujetos activos ya era puesta de manifiesto, con ocasión de su análisis del PANCP de 1983, por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, en Documentación Jurídica, Madrid, 1983, pág. 910. Respecto del Código Penal de 1995, por todos, SALINERO ALONSO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 1335.

<sup>25</sup> Debe apuntarse que el art. 303.1 del citado Anteproyecto no delimitaba el círculo de sujetos activos, limitándose a imponer una determinada pena “cuando se llevare a cabo una construcción...”. Aspecto que ya, en su momento, fue objeto de crítica por parte de SOTO VÁZQUEZ en Boletín de Urbanismo, Madrid, 1 de diciembre de 1992, pág. 2.

planeamiento urbanístico, la esfera de conductas punibles resulta desmesurada. Sería autor del delito el particular que por sus propios medios se construye una chabola de segunda residencia, o el que instala sin autorización un chiringuito playero de cierta permanencia”<sup>(26)</sup>. A raíz de dicha crítica, en el Proyecto de 1994, se volvió al sistema anterior, lo que ha sido interpretado por parte de la doctrina en el sentido de que la voluntad del legislador era y es la de restringir la esfera de los sujetos activos.

**(p. 20)** Como habrá podido apreciarse la disparidad de posturas doctrinales y jurisprudenciales provoca que el juzgador tenga que enfrentarse a una materia en la que es, sin duda, difícil resolver manteniendo un criterio inequívoco. Debido a esta circunstancia, se ha llegado a proponer la necesidad de un órgano judicial central de unificación de doctrina o de arbitrar algún tipo de recurso de casación con el mismo propósito<sup>(27)</sup>.

La ya anunciada problemática de este delito se extiende asimismo a la concreción de los diversos conceptos que configuran el círculo de sujetos activos por cuanto que la ausencia de definición legal en el ámbito penal ha corrido paralela, durante largo tiempo, a la del orden administrativo, forzando, así, a la doctrina a la elaboración de las mismas<sup>(28)</sup>. Sin embargo, la reciente Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE), arroja luz suficiente sobre este extremo concretando el contenido material de cada una de estas figuras, si bien advertimos desde este momento de la necesidad de operar con criterios exegéticos restrictivos acordes con el principio de mínima intervención.

El art. 91 de la citada Ley considera promotor a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título<sup>(29)</sup>.

Esta nueva configuración de la figura del promotor - alejada de su antigua equiparación con el concepto estricto de propiedad, en cuanto titular de un derecho estable -, tiende a referirse más bien a la titularidad de una actividad económica profesional, imbuida del concepto de adquisición de la titularidad del resultado - en este caso, el edificio -, con un objetivo de transmisión de esa titularidad a terceros adquirentes, como término final de un proceso dinámico, en el que la titularidad jurídica sobre las cosas es más una obligación que un derecho<sup>(30)</sup>. En otras palabras, el promotor puede ser algo más que el concepto civilista de titular de la propiedad: es un empresario en términos de derecho mercantil; o puede **(p. 21)** ser algo menos que el titular de la propiedad como un derecho, siendo suficiente un título jurídico que le faculte a la edificación como proceso.

En todo caso, ha de advertirse la amplitud del concepto ofrecido por la Ley al abarcar un extenso espectro de casos que - como apunta CARMONA SALGADO - “comprende desde una gran compañía profesional de ámbito nacional o internacional hasta el más pequeño autopromotor esporádico, carente de especiales conocimientos, pasando por comunidades de propietarios, sociedades, etc., y llegando incluso a extenderse a personas físicas o jurídicas que deciden financiar una obra de edificación con recursos propios<sup>(31)</sup>. A la vista de esta circunstancia, se impone, en sede penal, una interpretación restrictiva del concepto que atienda, siguiendo el criterio jurisprudencial mayoritario, a la profesionalidad del sujeto, lo que viene, por demás, avalado por la pena de inhabilitación prevista en el precepto analizado y por el propio carácter de ultima ratio del Derecho Penal.

---

<sup>26</sup> Puede verse cómo, en base a este criterio, la Sentencia de 24-9-1999 (ARP 1999/4866) de la Audiencia Provincial de Girona absolvió al acusado por tratarse de un particular que edificó una barraca en suelo rústico.

<sup>27</sup> Así, VERCHER NOGUERA, A.: “Constructores...”, ob. cit., pág. 4.

<sup>28</sup> Debe, no obstante, reconocerse que el término promotor se introdujo en nuestro Ordenamiento por la legislación de viviendas de protección oficial (Ley de 15 de julio de 1954 y Decreto de 24 de junio de 1955), definiéndolo como aquel que, pudiendo disponer jurídicamente del solar para construir sobre él como propietario o titular de un derecho de superficie o de edificación, acomete la empresa para destinar las viviendas a uso propio, arrendamiento o cesión. Un análisis de ese concepto puede verse en DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.: Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales), Granada, 1997, págs. 103 y ss.

<sup>29</sup> Un análisis de este precepto puede verse en GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Comentarios a la Ley de Ordenación de la edificación, 1ª ed., Madrid, 2000, págs. 296 y ss.

<sup>30</sup> Así lo reconoce MOLTÓ GARCÍA, J. I.: Los agentes de la edificación (en la Ley 38/99), Madrid, 2000, pág. 67.

<sup>31</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos...”, ob. cit., págs. 589 y ss.

“Constructor - según reza el art. 11. 1 de la LOE - es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”. Si de la definición propuesta merece destacarse su claridad y sencillez, a los efectos que más interesan para una correcta delimitación del círculo de sujetos activos, la necesidad de titulación o capacitación profesional - prevista en el art. 11. 2. b) - que habilite para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor supone una importante limitación a la posibilidad de ser sujeto activo de este delito. La profesionalidad, como característica legalmente exigible a la figura del constructor, viene a zanjar, en nuestra opinión, una larga polémica doctrinal y jurisprudencial.

El consenso obtenido por la mayoría de los autores acerca de los dos conceptos anteriormente analizados - con las salvedades ya expuestas acerca de la exigencia o no de profesionalidad en estos agentes de la edificación -, quiebra, sin embargo, a la hora de determinar con precisión no sólo qué debe entenderse por técnico director sino, fundamentalmente, a la hora de incluir o no, bajo la esfera de esa denominación, a ciertos profesionales que pudieran intervenir en la construcción. En efecto, la cuestión es si técnicos directores lo son exclusivamente los arquitectos e ingenieros superiores o si cabe incluir también bajo dicho concepto a los arquitectos e ingenieros técnicos. Frente a las interpretaciones restrictivas de un sector de la doctrina, partidario de acotar el círculo de sujetos activos únicamente a los titulados superiores<sup>32</sup>, BARRIENTOS sostiene que tanto unos como otros están incluidos en el tipo penal, tanto en los supuestos (p. 22) en que interviene sólo uno de ellos como aquellos en los que intervienen ambos en una misma obra, pues, sobre la base de tener ambos la calidad y facultades propias de la dirección técnica de la obra, ambos han de conocer la existencia y alcance de la licencia que ampare la construcción<sup>33</sup>. En apoyo de esta posición, el art. 12 LOE, tras definir al director de obra como “el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto”, establece como obligación del mismo el estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico. En base a esta precepto, no existe duda alguna acerca de la condición de técnico director de los arquitectos e ingenieros técnicos y de su inclusión en el círculo de sujetos activos, tanto si actúan en solitario como en compañía de arquitectos o ingenieros superiores.

---

<sup>32</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo..., ob. cit., pág. 108; ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>: “De los delitos..., ob. cit., pág. 126.

<sup>33</sup> BARRIENTOS PACHO, J. M<sup>a</sup>: “Delitos..., ob. cit., pág. 1558. De la misma opinión, MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>: “Art. 319”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentarios al Nuevo Código Penal, 2<sup>a</sup> ed. revisada, actualizada y puesta al día, Elcano, 2001, pág. 1534; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: Derecho Penal. Parte Especial, vol. III, Madrid, 1999, pág. 172; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 344; SAPENA GRAU, F.: El Arquitecto..., ob. cit., pág. 109; ROMÁN GARCÍA, F.: “Los delitos..., ob. cit., págs. 61 y ss.; URRAZA ABAD, J.: “Delitos..., ob. cit., pág. 597. Esta línea interpretativa es, asimismo, la seguida mayoritariamente por la jurisprudencia; en este sentido, pueden verse las Sentencias de 15-6-1998 (ARP 1998/2553), 3-9-1998 (ARP 1998/ 3849) y 1-12-1998 (ARP 1998/5133) de la Audiencia Provincial de Valladolid, así como la Sentencia de 25-1-1999 (ARP 1999/8) de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

## URBANISMO Y DERECHO PENAL. UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL TIPO DE INJUSTO DEL ART. 319.1 DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 (II)

Doctrina y Jurisprudencia, Año II. N° 43 (Semana del 27 del 11 al 3.12.2001), p. 11-25

### 2. Conducta típica (p. 11)

La conducta típica del art. 319. 1 consiste en llevar a cabo una construcción no autorizada en los suelos y lugares que el legislador considera necesitados de tutela, originándose, una vez más, en la doctrina opiniones dispares acerca de la naturaleza del delito como de simple actividad o de resultado.

Partiendo de la acción descrita en el tipo como "llevar a cabo" y de su significado lingüístico como "ejecutar, concluir" <sup>(34)</sup>, un sector muy minoritario de la doctrina sostiene la necesidad de que la construcción se halle concluida y no simplemente iniciada para poder declarar la existencia de delito, lo que les permite defender la idea de que nos hallamos ante un delito de resultado que exige una modificación en el mundo exterior, admitiéndose la tentativa en sus dos modalidades de completa e incompleta <sup>(35)</sup>.

**(p. 12)** Con una perspectiva diametralmente opuesta, la mayoría de nuestros autores coincide en señalar que el 319.1 es un delito de mera actividad en la medida en que no se exige la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separable de ella espacio - temporalmente, alcanzándose el estadio consumativo en cuanto se hubiese llevado a cabo la acción de construir <sup>(36)</sup>, por cuanto que, como señala ACALE, "si se retrasa ese momento de la consumación a aquél en el que se concluyen las obras, se estaría considerando mera tentativa actos que suponen ya lesión del bien jurídico y no mera puesta en peligro del mismo <sup>(37)</sup>". Sin embargo, entendemos que el argumento de esta autora resulta, en parte, sorprendente si pensamos que es la única voz doctrinal que defiende la existencia, en este caso, de un delito con un bien jurídico plural, a saber, urbanismo, medio ambiente y patrimonio cultural. Esto es, el mero proceso de levantamiento de un muro durante el iter constructivo, o incluso la perforación previa a la cimentación o el vaciado de un terreno difícilmente pueden haber lesionado ya el objeto formal del delito. Es más, la auténtica problemática reside no sólo en determinar en qué momento el bien jurídico patrimonio cultural se ve lesionado sino en precisar qué ha de entenderse por tal; resulta obvio, por centrarnos en este patrimonio, que lo tutelado en el art. 319.1 difiere sustancialmente en este aspecto de lo protegido en el Capítulo II del Título XVI. Así, si el objeto formal del art. 323 lo constituye el valor y la función socio-cultural de los bienes que recoge el precepto, en el caso que nos ocupa el bien jurídico no puede ser otro que la estricta función social y cultural que éstos ejercen mediante su pública contemplación y acceso. Así, si el concepto estrictamente funcional de daño que cierto sector doctrinal defiende respecto del art. 323 ha de reputarse desacertado <sup>(38)</sup>, en el art. 319.1 nada impide que se considere típica la construcción ilegal de un rascacielos en el entorno de una catedral formalmente declarada BIC que

---

<sup>34</sup> Voz "Cabo", en Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigésima primera ed., Madrid, 1992, pág. 244.

<sup>35</sup> Sin embargo, la mayoría de autores que mantienen que nos hallamos ante un delito de resultado consideran que para su consumación no será preciso que la construcción haya finalizado, siendo suficiente con la constatación del inicio de la obra, independientemente de la fase en que se encuentre. Así, BARRIENTOS PACHO, J. M<sup>a</sup>: "Delitos...", ob. cit., pág. 1560; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Nuevo..., ob. cit., pág. 476; DE VEGA RUIZ, J. A.: Delitos..., ob. cit., pág. 119; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los delitos...", ob. cit., pág. 358; VERCHER NOGUERA, A.: "Art. 319...", ob. cit., pág. 1469; MARTÍNEZ ARRIETA, A.: "Delito...", ob. cit., pág. 185; CASTRO BOBILLO, J. C.: "Los delitos...", ob. cit., pág. 413.

<sup>36</sup> Así, QUINTERO OLIVARES, G.: "Infracciones...", ob. cit., pág. 374; BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: "Delitos...", ob. cit., pág. 627; MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>: "De los delitos...", ob. cit., pág. 882; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: "Delitos...", ob. cit., pág. 34; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos...", ob. cit., pág. 173; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Art. 319...", ob. cit., pág. 912.

<sup>37</sup> ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>: "De los delitos...", ob. cit., pág. 118.

<sup>38</sup> Partidario del mismo, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Art. 557", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Código Penal Comentado, Madrid, 1990, pág. 1045.

impidiese su contemplación <sup>39</sup>). Ahora bien, en el ejemplo propuesto, ¿cabría reputar consumado el delito y afectado el bien jurídico con el mero inicio de la construcción? En nuestra opinión, la respuesta ha de ser negativa. De ahí que una de las mayores dificultades de este tipo consista - siempre y cuando se sostenga la existencia de un bien jurídico plural en atención a los valores protegidos en los suelos y lugares que recoge el precepto - en determinar el momento en que se produce esa efectiva lesión del objeto formal.

**(p. 13)** En torno a estas consideraciones, TERRADILLOS sostiene la abierta contradicción entre la criminalización de esta conducta y el principio de intervención mínima ya que “dado que lo que se construye ilegalmente puede ser destruido sin grave quebranto para el bien jurídico tutelado, hubieran debido bastar los mecanismos sancionatorios administrativos. Cuando con un procedimiento tan sencillo como la demolición es factible recuperar el bien jurídico paisajístico o cultural que se desea proteger, el recurso al Derecho Penal sólo puede explicarse por un deseo de reforzar la prohibición administrativa” <sup>40</sup>). Esta aceptable propuesta descriminalizadora de la conducta prevista en el art. 319.1 con el fin de que el Derecho penal se mantenga dentro de los límites propios de su condición de ultima ratio choca, sin embargo, con la realidad urbanística de nuestro país en la que no es infrecuente que se concedan licencias de obra por parte de los órganos municipales competentes haciendo caso omiso de las prohibiciones legales previstas en la legislación protectora del patrimonio histórico.

Sin embargo, no es éste el único problema que la conducta típica presenta en este delito. En nuestra opinión se producirá en no pocas ocasiones una superposición o doble incriminación respecto de las conductas que el art. 319 describe en sus números 1 y 2. Esto es, de la lectura del art. 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LRS) se constata la naturaleza de suelo no urbanizable de los terrenos “sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”, lo que implica que las clases de suelo previstas en el 319. 1 coinciden con el suelo no urbanizable al que se refiere el número 2 del mismo precepto, de modo que es posible que unos mismos hechos se encuentren simultáneamente tipificados en los dos apartados de la norma si pensamos que, como se verá más adelante, el concepto de edificación se engloba dentro del más amplio de construcción. Circunstancia que denota la precipitación del legislador en la tipificación de estas conductas, lo que en nada favorece a la seguridad jurídica <sup>41</sup>), si bien una posible solución interpretativa para salvar el desajuste indicado sería considerar que el párrafo 2º del art. 319 se refiere al suelo no urbanizable de régimen común en tanto que el párrafo 1º se estaría refiriendo al no urbanizable de especial protección.

#### **(p. 14) 2. 1. Concepto de “construcción”.**

A diferencia del art. 319.2, en el que el legislador utiliza la expresión edificación, en el número 1 del precepto que comentamos se inclina por el término construcción, acepción de contenido difuso y de difícil delimitación. Si partimos del concepto de construcción como “toda edificación incorporada al suelo con carácter permanente”, habría que concluir que nos hallamos ante vocablos que presentan una identidad de contenido y, por ello, intercambiables. Ahora bien, el análisis del debate parlamentario del Proyecto de 1994 indica que son términos diversos como lo corrobora la aceptación de la enmienda núm. 371 del Grupo Socialista por la que se proponía la utilización del vocablo “edificaciones” únicamente en el art. 319.2 por ser un término “plenamente identificado en la legislación urbanística” <sup>42</sup>). En efecto, el art. 86 del Reglamento de Disciplina Urbanística (en adelante RDU) distingue entre “edificaciones, construcciones e instalaciones”. A mayor abundamiento, desde un punto estrictamente semántico, tampoco los términos coinciden absolutamente; “la edificación - apunta DE LA CUESTA ARZAMENDI - exige elevar algo (con cierta

---

<sup>39</sup> Así, en la doctrina italiana, ROTILI, B.: La tutela penale delle cose di interesse artistico e storico, Napoli, 1978, pág. 101.

<sup>40</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: Derecho penal de la empresa..., ob. cit., págs. 211 y ss.

<sup>41</sup> Así lo ponen de manifiesto, MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Algunas...”, ob. cit., pág. 67; CASTRO BOBILLO, J. C.: “Los delitos...”, ob. cit., pág. 415; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos...”, ob. cit., pág. 322.

<sup>42</sup> Véase el BOCG, Senado, serie II, núm. 87 (e), 9 de octubre de 1995, pág. 358.

solidez: edificio) sobre el suelo, lo que no es preciso en la construcción (puede tratarse de un elemento en el subsuelo) o instalación”<sup>43</sup>).

Es más, si nos atenemos a la potencialidad lesiva de la conducta y a la necesidad de tutela eficaz de los bienes jurídicos protegidos en el 319.1, se impone una interpretación extensiva del término como “ejecución material de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno”<sup>44</sup>), con la posible matización de que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes; así, pues, la construcción sería el género y la edificación la especie al constatarse que aun cuando toda edificación sea una construcción, no toda construcción es edificación, pues ésta última viene siendo identificada como “toda obra o fábrica constituida para habitación o usos análogos”. En esa línea, la Sentencia de 10-3-1999 (ARP 1999/1148), de la Audiencia Provincial de Palencia señala que por construcción debe considerarse cualquier acto que suponga una transformación material sustancial de los terrenos o espacios sobre los que se realiza (p. 15) y que, en ningún momento, debe entenderse que la acción de construir suponga solamente la realización de la estructura. Sin embargo, como ponen de manifiesto BOIX y JUANATEY, el término construcción sigue siendo impreciso pues cabría decir con cierta seguridad que una fuente o una estatua son una construcción, pero resulta dudoso cómo habría que contestar a la pregunta de si lo son una excavación o el establecimiento de una instalación eléctrica<sup>45</sup>). En respuesta parcial a la interrogante planteada por estos autores, el art. 2. 3. LOE considera comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. Ahora bien, del mismo modo que la anteriormente citada Sentencia de la Audiencia de Palencia consideró inaplicable el art. 319.1 a quien “coloca un marco o una puerta donde antes no existía, ni tampoco una chimenea, o, por mejor decir, la salida de una chimenea interior, puesto que, por sí, tales actos no dañan el espacio que es objeto de protección, sino que su implantación en todo caso viene a adecentar u ornamentar lo ya edificado pero no alterarlo de forma significativa y con perjuicio del bien jurídico objeto de protección”, habrá que convenir que lo sustancial reside - como no podía ser de otro modo - en la lesividad de la conducta para con el objeto formal del delito, es decir, que la construcción atente contra los lugares revestidos de valores urbanísticos, medioambientales o culturales. En ese sentido, la exégesis que se mantenga del término construcción adquiere una gran relevancia por cuanto que podría determinar, por citar un caso, la atipicidad de conductas lesivas contra el patrimonio cultural; así, es de lamentar que la instalación de postes de sustentación de cables telefónicos<sup>46</sup>), la colocación de paneles, carteles, movimientos de tierras (desmontes, explanación, terraplenado, etc.), excavaciones, sean conductas que, pese a perjudicar el interés general en el disfrute de los bienes culturales, puedan difícilmente encajar en el concepto de construcción, de ahí que haya que criticar que el legislador haya restringido el comportamiento punible del art. 319.1 al mismo<sup>47</sup>). En todo caso, lo que no parece ofrecer dudas es la inclusión dentro del concepto analizado de todas las modalidades de realización de obras de arquitectura o ingeniería, esto es, no sólo de edificaciones propiamente dichas, sino también de toda clase de infraestructuras como puentes, viaductos, túneles, carreteras, espigones, presas, etc.

---

<sup>43</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos..., ob. cit., pág. 318.

<sup>44</sup> PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A.: Diccionario de Derecho Urbanístico (adaptado a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones), 3ª ed., Granada, 1998, pág. 99. En opinión de BORRELL CALONGE (“Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 151, Madrid, 1997, pág. ) se impone una interpretación amplia del término “construcción”. Comparte este parecer, SOTO VÁZQUEZ, R.: “De nuevo los delitos urbanísticos”, en Boletín Urbanístico (Praxis), Madrid, 12 de marzo de 1996, pág. ; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: “Delitos..., ob. cit., pág. 34; ROMÁN GARCÍA, F.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 69; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 171; GARCÍAS PLANAS, G.: El delito..., ob. cit., pág. 65. Sin embargo, VERCHER NOGUERA (“Art. 319..., ob. cit., pág. 1472), aun admitiendo que el término “construcción” presenta un contenido más amplio que el de “edificación”, entiende que, dado el contexto de esta disposición, no ha sido intención del legislador establecer diferencias sustanciales entre ambos conceptos.

<sup>45</sup> BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “Arts. 319-320”, en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): Comentarios al Código Penal de 1995, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1578.

<sup>46</sup> Véase el trabajo de MOLTÓ DARNER, J. Mª.: “Cables telefónicos y protección del Patrimonio Histórico”, en Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, Barcelona, 1997, págs. 193 y ss. Asimismo, BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F.: El patrimonio cultural español, Granada, 1995, págs. 293 y ss.

<sup>47</sup> Sobre el particular, las prohibiciones que establecen los arts. 19. 2; 19.3 y 22.2 de la LPHE. Sin embargo, sigue observándose una falta de unanimidad en la doctrina sobre este extremo. Así, VERDÚ MIRA, A. T.: “Los nuevos..., ob. cit., pág. 4) incluye en el término construcción “la instalación de un vallado metálico”.

**(p. 16) 2. 2. La ausencia de autorización como elemento normativo del tipo.**

Si el art. 319.1 parte de la ausencia de autorización requerida a nivel administrativo para castigar la construcción no autorizada en suelo no urbanizable especialmente protegido, la misma, en cuanto elemento normativo del tipo, constituye la denominada licencia urbanística, calificada doctrinalmente como la “autorización municipal de carácter reglado que permite la ejecución de obras o utilizaciones del suelo que los instrumentos urbanísticos han previsto en cada terreno” <sup>(48)</sup>. Mediante su previsión, se materializa uno de los principios tradicionales del Derecho urbanístico por el que se someten todas las actividades que impliquen un uso artificial del suelo a un control previo con el fin de comprobar la conformidad de las mismas a las normas en cada caso aplicables.

La aparente sencillez conceptual del requisito de licencia u autorización exige, sin embargo, de una labor interpretativa que delimite el alcance de su contenido, fundamentalmente cuando desde el propio ámbito de la doctrina urbanística se cuestiona si en la ambigua expresión “construcción no autorizada” puede entenderse incluido el edificio o instalación levantado en suelo no urbanizable con licencia municipal pero sin la previa autorización autonómica o viceversa, e incluso si en esa expresión queda comprendido el supuesto de una construcción que exceda (en altura, en volumen, en superficie ocupada, etc.) los términos de la licencia obtenida o que se dedique a un uso distinto del concretamente amparado por la misma <sup>(49)</sup>.

Sin embargo, y aunque con leves matices, existe un consenso en la doctrina penal en que la construcción no está autorizada no sólo cuando la licencia reglamentariamente exigida no se ha solicitado, ha sido denegada o la que se tenía ha caducado - incluso si la actividad es materialmente autorizable o llega una autorización posterior -, sino también en aquellos supuestos de inobservancia relevante de la autorización otorgada <sup>(50)</sup> como lo sería el exceso de altura o del volumen de la construcción.

**(p. 17)** A estas interpretaciones añade GÓMEZ RIVERO - basándose en lo previsto en el art. 42 de la LRS - la relativa a los casos en los que la licencia inicialmente concedida se revoca por alteración del planeamiento y, pese a ello, se continúa la construcción <sup>(51)</sup>, agregando ROMÁN GARCÍA el supuesto de construcción comenzada después de haber solicitado licencia pero sin esperar al transcurso de los plazos legales para su resolución <sup>(52)</sup>. En opinión de este autor, al no haber transcurrido el plazo legalmente establecido para que la Administración pueda dictar el acto resolutorio expreso, la realización anticipada de la construcción integra el tipo penal al privarse a los órganos municipales de ejercer sus facultades de control del cumplimiento de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, lo que constituye, a su parecer, el bien jurídico protegido en este delito.

---

<sup>48</sup> PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A.: Diccionario..., ob. cit., pág. 219. Más ampliamente, MARTÍNEZ DE CAREAGA Y GARCÍA, C.: “La licencia urbanística. El estado de ruina”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Urbanismo, Madrid, 1992, págs. 351 y ss.; ORTEGA BERNARDO, J.: “Las licencias urbanísticas”, en Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 154, Madrid, 1997, págs. 69 y ss. Sobre los actos sujetos a licencia véase el art. 178.1 del TRLS; el art. 1 del RDU; el art 242.1 del TRLS92, que se mantiene en vigor tras la Ley 6/1998, de 13 de abril, conforme al cual “todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal”; la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y, evidentemente, la normativa autonómica sobre el particular. Así, a título de ejemplo, las Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística, de la Generalitat Valenciana. Un análisis de esta materia en el ámbito de esta Comunidad Autónoma puede verse en PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F.: Derecho Urbanístico Valenciano, 2ª ed., Valencia, 1999, págs. 535 y ss.

<sup>49</sup> En ese sentido, particularmente crítico con la nueva regulación penal que califica de “extremadamente deficiente”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Manual..., ob. cit. Págs. 264 y ss.

<sup>50</sup> En ese sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos..., ob. cit., pág. 319; BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 629; GARCÍAS PLANAS, G.: El delito..., ob. cit., pág.66; VERCHER NOGUERA, A.: “Los delitos..., ob. cit., pág. 430; LÓPEZ RAMÓN, F.: “Aspectos..., ob. cit., pág. 58; BARRIENTOS PACHO, J.: “Delitos..., ob. cit., pág. 4; BETRÁN ABADÍA, R., CORVINOS BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y.: “Los nuevos..., ob. cit., pág. 23; CASQUERO SUBÍAS, A.: “De los delitos..., ob. cit., pág. 239; VERDÚ MIRA, A. T.: “Los nuevos..., ob. cit., pág. 2. Respecto de la inclusión en el tipo de los supuestos de exceso en la altura o volumen, QUINTERO OLIVARES (“Infracciones..., ob. cit., pág. 372) se muestra contrario al entender que esa situación parte de la existencia de licencia de edificación, de la que simplemente se ha abusado.

<sup>51</sup> GÓMEZ RIVERO, Mª. C.: El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, Valencia, 1999, pág. 28.

<sup>52</sup> Un exhaustivo estudio de los supuestos prácticos más frecuentes sobre esta problemática en ROMÁN GARCÍA, F.: “Los delitos..., ob. cit., págs. 75 y ss.

Sin embargo, en contra de la pretensión de este autor, este mismo supuesto coadyuva a confirmar que el objeto formal del delito es plural por cuanto que lo decisivo a efectos de lesividad de la conducta sobre los suelos y lugares protegidos por el tipo no viene dado por el incumplimiento de requisitos formales o por el carácter posteriormente legalizable de la construcción sino por el daño, siquiera funcional, realizado en el objeto material. Si esto no es así, las críticas que el precepto merece por gran parte de la doctrina acerca de la vulneración del principio de intervención mínima resultan plenamente justificadas; resulta por ello acertada la afirmación de QUINTERO en el sentido de que lo decisivo es que la construcción haya sido ejecutada en los lugares que el tipo menciona pues la reducción del Derecho penal a los mismos - que compondrían el campo de lo llamado "razonablemente intangible" - "será el único modo de no invadir el Derecho Administrativo y de acatar el principio de intervención mínima" <sup>(53)</sup>.

Desde otra perspectiva, no puede desconocerse la concurrencia de competencias entre la Administración autonómica y local en materia autorización; esto es, por centrarnos en el ámbito de la normativa reguladora del Patrimonio Histórico, a la exigencia de autorización proveniente de los órganos autonómicos competentes respecto de los bienes que hayan sido objeto de declaración formal, se añade el requisito de licencia municipal para acometer cualquier tipo **(p. 18)** de obra en los mismos. En la línea apuntada, el art. 36.1 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano establece la prohibición por parte de los Ayuntamientos de otorgar licencias para actos de edificación y uso del suelo relativas a inmuebles declarados de interés cultural, o a sus entornos, sin haberse acreditado por el interesado la obtención de la autorización de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia <sup>(54)</sup>. Siendo esto así, parece obvio que por "construcción no autorizada" habrá que entender toda aquella que carezca de ambas autorizaciones, no siendo suficiente la obtención de una sola para reputar la conducta atípica.

### 3. Objeto material.

#### 3. 1. Suelos destinados a viales y zonas verdes.

Dentro de la tradicional división del Derecho urbanístico en gestión, disciplina y planeamiento urbanísticos, corresponde a este último grupo la regulación de los denominados "suelos dotacionales", es decir de aquellos terrenos destinados por el planeamiento a satisfacer necesidades colectivas o, en otras palabras, de aquellas porciones del suelo destinadas a cumplir una finalidad de uso o servicio público para la utilización y disfrute de los ciudadanos del término municipal <sup>(55)</sup>. Siendo esto así, a la luz del art. 14 de la LRS, puede considerarse como suelo dotacional, de cesión obligatoria y gratuita a la Administración por parte de los propietarios, en el ámbito del suelo urbano, todo el necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos. En base a su propia naturaleza, resulta obvio que en los mismos se dan las dos notas características propias de este delito al señalar, con acierto, LASO MARTÍNEZ que la construcción sobre los mismos haría inviable que pudieran prestar la función que les es inherente como uso dotacional y no meramente preservado de la urbanización y, además, la incompatibilidad sería manifiesta, no pudiendo ni siquiera en el terreno de la hipótesis imaginar su legalización por compatibilidad, al menos en un mismo plano horizontal <sup>(56)</sup>. De hecho, en la práctica, no resulta del todo infrecuente que el propietario construya en un vial o zona verde proyectado en el PGOU sin tener en cuenta ese porcentaje de cesión obligatoria. Sin embargo, en la mayoría de los casos, BORRELL CALONGE sostiene que la construcción sin licencia en viales son frecuentes aunque debidos fundamentalmente a imprecisión en las alineaciones debido a la realización a escalas muy poco precisas y sobre bases topográficas erróneas de muchos planes de urbanismo, lo que determina, en última instancia, que la conducta del sujeto carezca **(p. 19)** del dolo requerido por el tipo <sup>(57)</sup>. En todo caso, conviene ya resaltar que la valoración que la introducción de los viales y zonas verdes en el 319.1 merece por parte de la doctrina urbanística es esencialmente negativa pues "el casuismo de las normas urbanísticas y la

---

<sup>53</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: "Infracciones...", ob. cit., pág. 369.

<sup>54</sup> Sobre el particular, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: La Ley Valenciana de Patrimonio Cultural, Valencia, 1999, págs. 85 y ss.

<sup>55</sup> Ampliamente, ESTÉVEZ GOYTRE, R.: Manual de Derecho Urbanístico. Doctrina, legislación y jurisprudencia, Granada, 1999, págs. 107 y ss.

<sup>56</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo..., ob. cit., pág. 53.

<sup>57</sup> BORRELL CALONGE, A.: "Los nuevos...", ob. cit., págs. 63 y ss.

complejidad de las técnicas de reparto de las que resultan los viales y espacios libres, públicos o privados, que los planes prevén se avienen mal con enunciados tan rotundos y, al mismo tiempo, tan genéricos”<sup>(58)</sup>.

Por “viales” deben entenderse los usos dotacionales para el transporte y las comunicaciones, o sea, los espacios sobre los que se desarrollan los movimientos de las personas y los vehículos de transporte, así como los que permiten la permanencia de éstos estacionados, integrando así la denominada red viaria destinada precisamente a facilitar el movimiento de los peatones, bicicletas, automóviles y medios de transporte colectivo en superficies habituales en áreas urbanas, así como el estacionamiento de vehículos<sup>(59)</sup>.

La normativa reguladora de los mismos se caracteriza por su prolijidad, si bien, con independencia de la regulación de marcado carácter urbanístico existente y de ámbito fundamentalmente autonómico, cabe destacar la relativa a vías pecuarias (Ley 3/1995, de 23 de marzo) y a carreteras y caminos (Ley 25/1988, de 29 de julio). En efecto, con referencia a esta última, siguiendo la pauta establecida por el art. 72 del Texto refundido de 1976 por el que se dispone que “solamente podrán levantarse construcciones en los lugares próximos a las vías de comunicación de acuerdo con lo que establezca la legislación específica aplicable”, se prevé la delimitación de un espacio a ambos lados de las carreteras estatales (a 100, 50 ó 25 metros de la arista exterior de explanación, según la clase de vía) en el que toda nueva construcción queda prohibida.

“Zonas verdes”, en cambio, son “aquellas zonas urbanas dotadas con más o menos vegetación y destinadas por el planeamiento a fines fundamentalmente recreativos, aunque también pueden ser sanitarios, educativos, etc.”<sup>(60)</sup>. La determinación y establecimiento de las zonas verdes es una competencia propiamente municipal - tal y como se desprende del art. 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local -, lo que compele al intérprete a acudir al Plan General Municipal de Ordenación Urbana de cada Corporación para determinar si la construcción no autorizada que se lleve a cabo en dicho suelo constituye o no una conducta susceptible de integrar el tipo del art. 319.1. Debe apuntarse, en todo caso, la duda acerca de si el concepto de zona verde abarca o no el término contenido **(p. 20)** en la legislación urbanística de “espacios libres”, poniéndose así de manifiesto, una vez más, la gran dificultad interpretativa que este precepto plantea.

Se ha destacado por un sector de la doctrina la perplejidad que produce la mención a los viales y a las zonas verdes cuando, por regla general, éstos integran el dominio público municipal, suelo asimismo contemplado en el precepto<sup>(61)</sup>. No obstante, la explicación de esta supuesta redundancia debe hallarse en la expresión “suelos destinados a” y en la correcta interpretación de la misma como suelo urbanizable; es decir, nos hallamos antes viales y zonas verdes aún no existentes sino simplemente proyectados en el PGOU y, por consiguiente, todavía no adquiridos por el Ayuntamiento. Una vez realizada la adquisición, no cabe duda que integrarían la categoría de bienes de dominio público de acuerdo con lo establecido en el art. 339.1 del Código Civil.

### **3. 2. Suelos destinados a bienes de dominio público.**

Se puede considerar que el dominio público está constituido por aquellas propiedades administrativas afectadas a la utilidad pública y que como consecuencia de esta afectación resultan sometidas a un régimen especial de utilización y protección. En este sentido, si el dominio público supone una relación de propiedad, lo es sobre aquellos bienes destinados a fines de carácter público, tanto al uso público, a algún servicio público como al fomento de la riqueza nacional, presentando todos ellos, como régimen jurídico común, la intransferibilidad, y, de este modo, la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la inembargabilidad<sup>(62)</sup>.

---

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Manual..., ob. cit., pág. 265.

<sup>59</sup> Así los define DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: “Delitos..., ob. cit, pág. 39. Para NARVÁEZ RODRÍGUEZ (“Los delitos..., ob. cit., pág. 366) vial es aquella parte de terreno o finca que debe ser cedida a la Administración para la instalación de una vía pública, según el planeamiento.

<sup>60</sup> Concepto elaborado por PONS GONZÁLEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M. A.: Diccionario..., ob. cit., pág. 436.

<sup>61</sup> En este sentido, BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C.: “Delitos..., ob. cit., pág. 630; VERDÚ MIRA, A. T.: “Los nuevos..., ob. cit., pág. 2; ROMÁN GARCÍA, F.: “Los delitos..., ob. cit, pág. 105.

<sup>62</sup> Ampliamente, BOCANEGRA SIERRA, R.; ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J.: Lecciones de dominio público, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1999, págs. 18 y ss.

De la normativa reguladora del dominio público destaca no sólo su ausencia de uniformidad <sup>(63)</sup> sino, fundamentalmente, la diversidad de instancias legislativas de la que emana, lo que ha llevado a PARADA VÁZQUEZ a resaltar que la actual situación está llevando a una “absurda complejidad del sistema de fuentes” <sup>(64)</sup>; así, a nivel estatal y ad exemplum, se aborda esta cuestión en los arts. 338 a 345 del Código Civil, en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y en su Reglamento del mismo año, completándose con la legislación sectorial en la que se lleva a cabo una regulación propia y específica de cada uno de los bienes de dominio público <sup>(65)</sup>. Desde el ámbito de la legislación local, los arts. 79 a 83 de la Ley Reguladora (p. 21) de las Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, se ocupan de esta materia estableciendo que los bienes de las entidades locales son de dominio público o patrimoniales, siendo de dominio público los destinados a un uso o servicio público <sup>(66)</sup>. En la esfera del Derecho autonómico, la regulación de los bienes demaniales se lleva a cabo en las distintas leyes autonómicas que las Comunidades aprueban en ejercicio de sus competencias estatutarias; así, a título de ejemplo, la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias <sup>(67)</sup>.

### 3. 3. Lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico o ecológico.

La protección normativa del paisaje natural constituye una tradición que arranca en nuestro país a primeros de siglo con la Ley de Parques Nacionales de 1916. Si bien pudiera pensarse que esa realidad tuteladora se ha enmarcado exclusivamente en leyes de naturaleza ambiental, lo cierto es que, por los diversos factores que inciden en su configuración, tanto la legislación administrativa protectora del patrimonio histórico como la urbanística se han hecho eco de la necesidad de proceder a su regulación y defensa <sup>(68)</sup>. Esto es, el paisaje presenta un carácter complejo debido, esencialmente, a su conformación dual, por un lado objetiva - ambiental - y, por otro, subjetiva - cultural -, en el sentido expresado por PRIEUR cuando afirma que “el paisaje es desde luego en el plano físico y geográfico, una porción de territorio o un espacio particular constituido por elementos naturales, pero también la visión y la percepción que el hombre tiene de ese espacio, entendiendo que dicho espacio observado por el hombre es también reflejo de la historia, de la cultura, y de las diversas actividades humanas desarrolladas sobre esa porción del territorio. Así, el paisaje es necesariamente la expresión de un acercamiento a la vez cultural y natural del medio ambiente” <sup>(69)</sup>. De ahí que, como hemos señalado, la ordenación del paisaje se halle muy dispersa en el ámbito (p. 22) legislativo, en las parcelas del derecho urbanístico, medioambiental y de patrimonio cultural,

---

<sup>63</sup> Aspecto éste magníficamente tratado por GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: La titularidad de los bienes del dominio público, Madrid, 1998, págs. 61 y ss., analizando la problemática que de ello se deriva.

<sup>64</sup> PARADA VÁZQUEZ, J. R.: Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico, Madrid, 1993, pág. 45.

<sup>65</sup> Esencialmente, la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 24 de noviembre de 1992, modificada sustancialmente por la Ley de Puertos del Estado de 26 de diciembre de 1997, la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, la Ley del Sector de Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998, la Ley de Carreteras de 28 de julio de 1988 y la Ley de Montes de 8 de junio de 1957. Más ampliamente, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: Dominio Público, Madrid, 1992, págs. 26 y ss.

<sup>66</sup> Véase, asimismo, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986.

<sup>67</sup> Establece el art. 3 de esta Ley que “son bienes demaniales los afectos al uso general o a los servicios públicos y aquellos a los que una ley les confiera expresamente tal carácter. En todo caso, los edificios propiedad del Principado de Asturias en los que se alojen sus órganos tendrán la consideración de demaniales. Tendrán, asimismo, la consideración de demaniales los caminos rurales construidos por la Administración del Principado de Asturias en determinadas zonas de concentración parcelaria y forestales que, por sus características naturales, sea conveniente preservar de un uso generalizado. En ellos estará prohibida la circulación de vehículos, salvo los destinados específicamente al uso agrario o forestal de la zona afectada”.

<sup>68</sup> Así, en el ámbito normativo del patrimonio histórico, aún sin utilizar expresamente el término “paisaje”, véase el art. 2.b) del Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 y el art. 3 de la Ley de 13 de mayo de 1933 en el que se introduce la expresión “paraje pintoresco”. Esta última regulación continúa todavía desplegando efectos jurídicos; así, la Disposición Transitoria Octava de la LPHE de 1985 declara que estos espacios conservan la condición de Bienes de Interés Cultural, lo que les supone gozar del mismo nivel de protección que la Ley arbitra para otros bienes de mayor raigambre calificados de BIC.

<sup>69</sup> PRIEUR, M.: “Le paysage en Droit Comparé et en Droit International”, en Environmental Policy and Law, núm. 27/4, Lausanne, 1997, pág. 354.

acrecentando de este modo la complejidad que ya de por sí presenta el art. 319 por su condición, entre otros aspectos, de norma penal en blanco <sup>(70)</sup>.

La legislación urbanística toma en consideración el paisaje tanto a la hora de planificar el territorio como de establecer restricciones con el fin de protegerlo; así, el art. 12.1 d) del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación urbana de 1976 (en adelante, TRLS) proclama que los Planes Generales Municipales de Ordenación contendrán “medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e histórico-artísticos, de conformidad, en su caso, con la legislación específica que sea de aplicación en cada supuesto”, lo que viene complementado por la exigencia prevista en el art. 17 del mismo texto legal de aprobar Planes Especiales de protección del paisaje, o de establecer catálogos para su protección (art. 25). Todo ello, sin perjuicio de la calificación como suelo no urbanizable que la reciente LRS de 1998 realiza de aquellos terrenos que deban incluirse en algún régimen especial de protección en razón de sus valores paisajísticos.

No obstante, la normativa fundamental en esta materia por su carácter específico - al tutelar directamente los valores ecológicos y paisajísticos tutelados por el 319.1 -, viene constituida por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (en adelante, LENP) al definir estos espacios como “aquellos del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes, declarados especialmente protegidos para preservar la biodiversidad y conservar el patrimonio cultural y natural” <sup>(71)</sup>, y establecer diversas categorías en función de los bienes y valores a proteger, a saber, **(p. 23)** “parques, reservas naturales, monumentos naturales y paisajes protegidos” (art. 12). Todo ello, claro está, con independencia de la prolija normativa autonómica existente sobre el particular de la que cabe resaltar no sólo la introducción de nuevas clasificaciones o tipologías, sino, fundamentalmente, la incorporación de conceptos más amplios que los contenidos en la normativa estatal, lo que podría generar, en última instancia, una vulneración del principio de igualdad ante la Ley. Así, y a título de ejemplo, el art. 71 de la Ley 6/1989, de 7 de julio, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana ofrece una novedosa definición de “paisaje” al entenderlo constituido por “los accidentes geográficos, perfiles de litoral, zonas boscosas y plantaciones arbóreas singulares, hitos naturales y demás elementos específicos que determinan la fisonomía territorial” <sup>(72)</sup>.

En todo caso, la regulación relativa al elemento ecológico y paisajístico constituye un verdadero aluvión normativo en consonancia con la propia diversidad y amplitud de ambos valores; el intérprete se ve compelido a acudir a las diversas legislaciones que tutelan las zonas húmedas, montes catalogados, determinados tramos de costa, refugios y reservas de caza, etc., junto a la no menos importante normativa comunitaria e internacional sobre la materia.

### **3. 4. Lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor artístico, histórico o cultural.**

El fundamento legal de la protección de estos lugares debe encontrarse en la declaración contenida en el art. 46 de la Constitución de 1978, en virtud de la cual se confiere a los poderes públicos la responsabilidad de garantizar la conservación, promoción y enriquecimiento del patrimonio histórico,

---

<sup>70</sup> Para un análisis más exhaustivo sobre la protección del paisaje, MARTÍNEZ NIETO, A.: “La protección del paisaje en el Derecho español”, en Revista de Derecho Ambiental, núm. 10, Murcia, 1993, págs. 9 y ss.

<sup>71</sup> Por su parte, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza los define como aquella “zona de la tierra y/o mar especialmente dedicada a la protección de la diversidad biológica y de los recursos naturales y culturales asociados”. Ampliamente, MARTÍN MATEO, R.: Tratado de Derecho Ambiental, vol. III, Madrid, 1997, págs. 312 y ss. Un análisis de esta normativa desde la perspectiva penal en LASO MARTÍNEZ, J. L.: Urbanismo..., ob. cit., págs. 64 y ss.; CARRASCO ANDRINO, M<sup>º</sup> del Mar: “El daño a los elementos de un espacio natural protegido”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 71, Madrid, 2000, págs. 295 y ss.; desde la perspectiva del Derecho Administrativo, LÓPEZ RAMÓN, F.: “Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos”, en LÓPEZ RAMÓN (Dir.): Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, Zaragoza, 1995, págs. 11 y ss.; ESTEVE PARDO, J.: “La protección de la naturaleza. Espacios naturales, flora y fauna silvestre”, en ESTEVE PARDO (coord.): Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, Barcelona, 1996; MOLINA JIMÉNEZ, A.: “La protección del patrimonio cultural en su dimensión ambiental”, en Revista andaluza de Administración Pública, núm. 40, Sevilla, 2000, págs. 327 y ss.

<sup>72</sup> Definición plenamente vigente pese a la aprobación de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, sobre actividad urbanística.

cultural y artístico de España, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Siendo esto así, no debe sorprender que, junto a la tutela específica dispensada en el Capítulo II del Título XVI de nuestro Código penal, el legislador extienda su política de salvaguarda de los valores culturales al ámbito urbanístico en consideración a las profundas imbricaciones existentes entre ambas parcelas jurídicas.

Un amplio sector de la doctrina identifica estos lugares con los bienes inmuebles recogidos en el art. 14. 2 de la LPHE, es decir, con los Monumentos, Jardines, Conjuntos y Sitios Históricos, así como con las Zonas Arqueológicas <sup>(73)</sup>. Sin embargo, este criterio interpretativo requiere ciertas puntualizaciones; en primer lugar, si el tipo exige de los lugares que menciona que tengan reconocidos, legal o administrativamente, determinados valores de naturaleza cultural, debe señalarse que los bienes que el mencionado art. 14. 2 enumera no tienen, **(p. 24)** necesariamente, que haber sido declarados de interés cultural. En otras palabras, de una atenta lectura del precepto administrativo se colige únicamente la posibilidad - que no la obligatoriedad, como pretende un importante sector de la doctrina - de que estos bienes sean formalmente declarados BIC. No resulta, por lo tanto, conveniente, operar con automatismos que identifiquen, en todo caso, los citados bienes con el máximo nivel de protección que prevé la normativa administrativa; en otras palabras, existen monumentos de indudable valor cultural que no han sido objeto de un reconocimiento formal. Sentada la anterior premisa, puede afirmarse que integran el tipo del art. 319. 1 sólo aquellos bienes que hayan sido objeto de una previa declaración formal como BIC o cuyo expediente para la declaración de Interés Cultural se haya incoado (art. 11. 1 LPHE) <sup>(74)</sup>, aquellos que se encuentren incluidos en los Catálogos de protección previstos en el art. 86 del RPU, sin olvidar los que son objeto de especial protección formalizada de acuerdo con las numerosas leyes autonómicas de patrimonio cultural.

Ahora bien, si en nuestra opinión la exigencia de una previa declaración administrativa contribuye a la seguridad jurídica, no es menos cierto que supone una opción político-criminal que favorece el detrimento del patrimonio cultural "real"; esto es, una construcción no autorizada en la proximidad de un yacimiento arqueológico, casual y recientemente descubierto, determina la atipicidad de la conducta por ausencia de uno de los elementos esenciales del injusto pese al evidente perjuicio causado al bien cultural al no haberse, lógicamente, delimitado el área de protección del mismo. Es más, a la posibilidad de que una Zona Arqueológica no sea declarada BIC se une la precipitación del legislador al no prever los yacimientos arqueológicos o paleontológicos como objeto de protección, pues a pesar de la identificación que una gran parte de la doctrina realiza de estos dos conceptos, todo parece indicar que nos hallamos ante elementos distintos <sup>(75)</sup>. Si esto es así, no puede desconocerse la desprotección de la que son objeto numerosos yacimientos arqueológicos, por lo que, de lege ferenda, proponemos que el legislador se aleje de criterios formalistas cuando la propia **(p. 25)** LPHE se muestra incapaz de delimitar con nitidez sendos lugares, dejando, así, en una zona de penumbra, la inserción o no de lo que pudiera entenderse como yacimiento en la categoría de Zona Arqueológica. En todo caso, si seguimos la tesis expuesta por ACALE, nada impide que los bienes de valor histórico, artístico o cultural de titularidad pública que no hayan sido formalmente declarados tengan cabida en el tipo a través de los bienes de dominio público, auténtico cajón de sastre "que sirve para incluir la protección de los viales, zonas verdes actualizados y de los bienes

---

<sup>73</sup> Así, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "Los delitos...", ob. cit., pág. 374; ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: "Delitos sobre la ordenación del territorio", en TERRADILLOS BASOCO, J. (ed.): Derecho Penal del medio ambiente, Madrid, 1997, pág. 22.

<sup>74</sup> En ese sentido, CASTRO BOBILLO, J. C.: "Los delitos...", ob. cit., pág. 409. Nótese, por lo demás, que el art. 16 de la LPHE establece que la incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. En contra, LASO MARTÍNEZ (Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal, Madrid, 1997, pág. 64) al considerar que la protección penal requiere el acto definitivo de declaración de Bienes de Interés Cultural. De la misma opinión, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Art. 319", ob. cit., pág. 3202. Para DE LA CUESTA ARZAMENDI ("Delitos...", ob. cit., pág. 322), los bienes sobre los que se hubiese incoado expediente de declaración tendrían cabida en el tipo a través de la expresión "o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección", recogida en el último inciso del art. 319. 1.

<sup>75</sup> Obsérvese que el art. 1. 2. de la LPHE habla de "yacimientos y zonas arqueológicas". En esa línea, el art. 63 de la Ley del Patrimonio Cultural de Galicia de 1995 consigna la exigencia de presentar un oportuno proyecto arqueológico en relación con las obras que pretendan realizarse, entre otros espacios, en zonas arqueológicas o en yacimientos catalogados o inventariados.

valorados ecológica, paisajística, cultural, histórica o artísticamente que no tengan formalmente reconocido su valor”<sup>76</sup>).

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que la doctrina se haya centrado en estos bienes en cuanto categoría legal individualizada y haya obviado un aspecto que, a nuestro entender, constituye uno de los elementos esenciales de las aberraciones urbanísticas que se producen en nuestro país: las construcciones ilegales realizadas en el entorno del bien de valor cultural<sup>77</sup>). En efecto, a la declaración prevista en el art. 18 de la LPHE en función de la cual “un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno”, se añaden una serie de previsiones legales que prohíben toda construcción que altere el carácter de estos inmuebles o perturbe su contemplación (art. 19. 3 LPHE), así como la obligatoriedad del Municipio en dónde radique el mismo de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración (art. 20. 1 LPHE). Es más, desde el mismo instante en que se produce la resolución del expediente de declaración, los arts. 11. 2 LPHE y 12. 1 del RD 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley, ya establecen la obligación de delimitar el entorno afectado por la misma<sup>78</sup>). Y es que, como apunta ROCA ROCA, los bienes integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico, ya se trate de inmuebles, de conjuntos histórico artísticos, de paisajes o del ambiente en general, han de tutelarse en estrecha relación con el entorno en que se sitúan, tanto desde el punto de vista físico o geográfico, pues dicho espacio se encuentra vinculado al bien<sup>79</sup>).

---

<sup>76</sup> ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: Delitos..., ob. cit., págs. 256 y ss.

<sup>77</sup> En ese sentido, afirma ÁLVAREZ ÁLVAREZ (Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español, Madrid, 1989, págs. 148 y ss.) que “la declaración de BIC de un inmueble se extiende o influye en lo que le rodea. Si se trata de un edificio, porque no es indiferente lo que o cómo se construye a su lado. Estas construcciones pueden romper la armonía, degradar el sitio, perjudicar su contemplación o quitarle su carácter. Los ejemplos se podrían multiplicar... una construcción contigua con materiales que rompan absolutamente el valor artístico del bien declarado, o construcciones ni siquiera contiguas que impidan o perturben su contemplación. Si se trata de un Conjunto, de un Sitio Histórico o de una Zona Arqueológica, todavía es más clara la influencia del entorno. Un Conjunto Histórico que fuere rodeado por unas pantallas de casas altas quedaría, y de hecho han quedado, encerrados y degradados”.

<sup>78</sup> Un análisis exhaustivo de la regulación del entorno puede verse en CASTILLO RUÍZ, J.: El entorno de los bienes inmuebles de interés cultural, Granada, 1997. Asimismo, en ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. R.: Los espacios culturales en la ordenación urbanística, Madrid, 1994, págs. 84 y ss.

<sup>79</sup> ROCA ROCA, E.: “En torno al entorno de los bienes del Patrimonio Histórico Artístico (Especial referencia a la legislación de Andalucía), en Beni Culturali e Comunità Europea, a cura di Mario P. Chiti, Milán, 1994, pág. 217.